

HACIA UNA NUEVA GENERALIZACIÓN DE LOS DERECHOS. UN INTENTO DE HACER COHERENTE A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS*

RAFAEL DE ASÍS ROIG *Universidad
Carlos III de Madrid*

En este trabajo trataré la cuestión de la universalidad de los derechos, tomando como referencia la distinción entre nacional y extranjero (y su proyección en materia migratoria). Para ello tendré en cuenta también la relación entre universalidad e igualdad. No obstante, no llevaré a cabo un desarrollo integral ni extenso de esas cuestiones, sino que las tomaré en cuenta para defender dos ideas básicas. La primera tiene que ver con la exigencia de retomar el discurso histórico de la generalización de los derechos y proyectarlo al momento presente; la segunda tiene que ver con la exigencia de demandar no sólo una legislación coherente con la idea de los derechos, sino también una teoría de los derechos coherente.

1. SOBRE LOS PROCESOS DE GENERALIZACIÓN Y ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Son conocidos los cuatro grandes procesos históricos de los derechos humanos: positivación, generalización, internacionalización y especificación¹. En este trabajo me interesan especialmente el segundo y el cuarto.

Agradezco a Ignacio Campoy las observaciones que me ha hecho a un primer borrador de este trabajo.

¹ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fernández Liesa y A. Llamas, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, pp. 154 y ss.

El proceso de generalización, en lo básico, supone la extensión de la satisfacción de los derechos a sujetos y colectivos que no los poseían. Como es sabido, el origen histórico de los derechos está asociado a una clase social, la burguesía, y la satisfacción de los derechos no es, en ese momento, universal. Los derechos son reconocidos íntegramente a sujetos que poseen una serie de características, económicas, de género, etc. Aunque en el proceso de positivación (anterior en su origen al de generalización) se habla de la igualdad, no se trata de una igualdad universal. El proceso de generalización es el intento de compaginar la idea de igualdad formal con la de la universalidad, y con ello extender la satisfacción de los derechos a todos los sujetos.

Por otro lado, este proceso se caracterizará por el abandono de construcciones en las que prima el tono filosófico, realizándose otras que buscan dar a los derechos y las libertades una realización jurídica no abstracta sino concreta. La atención a la situación concreta, al contexto en el que se sitúan las demandas y las necesidades de los seres humanos, es también un rasgo de este proceso, desde el que se entiende la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales.

En este sentido, hay quien ha dividido este proceso en dos: el de generalización y el de expansión. El primero haría referencia a la extensión de los derechos a todos los individuos y se caracterizaría por la aparición de los derechos de participación. El segundo, por su parte, implicaría la aparición de nuevas exigencias éticas, fruto de distintas situaciones históricas, y se caracterizaría por la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales².

En definitiva, el proceso de generalización es, así, un intento de conectar el discurso de los derechos con la realidad. Un discurso de los derechos que consideraba a éstos como naturales, esto es, como pertenecientes a todos los seres humanos, y una realidad que circunscribía el disfrute de los mismos a una clase social determinada, representada por la burguesía. Un discurso que construía una formulación genérica, abstracta e intemporal de los derechos, y una realidad en la que categorías de seres humanos no disfrutaban de esos derechos y en la que surgieron exigencias que demandaban su

² Vid., en este sentido, SQUELLA, A., *Estudios sobre derechos humanos*, Edeval, Valparaíso, 199], pp. 142 y ss.

incorporación al catálogo de los derechos. Un discurso basado en la defensa de la igualdad natural de los seres humanos, y una realidad susceptible de ser descrita en términos de desigualdad.

Por su parte, el proceso de especificación supone, de nuevo también en lo básico, el reconocimiento de derechos a sujetos y colectivos concretos (específicos) que se encuentran en situaciones especiales, implicando por tanto una idea de igualdad material. N. Bobbio se refiere a él como, "el paso gradual, pero cada vez más acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos". La especificación se ha ido produciendo bien respecto al género (reconocimiento de diferencias específicas de la mujer respecto al hombre), bien respecto a la edad (derechos de la infancia, de la ancianidad), bien respecto a ciertos estados de la existencia humana (derechos de los enfermos, de las personas con discapacidad, etc.)³.

En todo caso, se trata de un proceso muy conectado con el de generalización. Buena prueba de ello lo constituye uno de los textos jurídico-positivos que caracterizan este último proceso: la Constitución francesa de 1848. En efecto, entre los rasgos principales de este texto está el paso del ser humano abstracto al concreto, esto es, al trabajador, al campesino, etc. De ahí que las raíces del llamado proceso de especificación se encuentren ya en los orígenes del de generalización, si bien el primero posee otras perspectivas, que se proyectan de manera esencial sobre el contenido y que le permiten adquirir cierta consistencia individual.

Como ha señalado G. Peces-Barba⁴, la especificación se produce en relación con los titulares y en relación con los contenidos. En relación con los titulares, la especificación matiza la idea del ser humano genérico, tomando en cuenta circunstancias relevantes en las que los individuos se encuentran (condiciones sociales o culturales relevantes, condición física especial, situación de personas en relaciones sociales). De ahí su estrecha relación con el proceso de generalización. Respecto a los contenidos, se caracteriza por la apa-

³ BOBBIO, N., "Derechos del hombre y filosofía de la historia", en *El tiempo de los derechos*, traducción de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, pp. 109 y ss.

⁴ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 180 y ss.

rición de nuevos derechos, tales como el medio ambiente, el desarrollo o la paz⁵.

2. SOBRE LA EXIGENCIA DE UNIVERSALIDAD

Tradicionalmente, la idea de universalidad ha estado presente dentro del concepto de derechos. Muchas de las formulaciones doctrinales y jurídico-positivas han afirmado como característica de los derechos la universalidad. No obstante, se trata de una idea que posee ciertas dimensiones polémicas y que en ocasiones se critica, tanto desde un punto de vista conceptual como desde un punto de vista jurídico.

El que la idea de universalidad haya estado presente en el discurso de los derechos es difícilmente cuestionable. Tomando como referencia, de nuevo, a los diferentes procesos históricos de los derechos, observemos que se trata de una idea que está claramente reflejada en el proceso de positivación y en el de internacionalización. Los principales textos del primero se refieren a derechos naturales de todo ser humano, mientras que el segundo está presidido, precisamente, por un texto que recoge esa dimensión en su propia formulación (la Declaración Universal de Derechos Humanos).

La génesis histórica de los derechos humanos se lleva a cabo a través de la aportación de dos grandes direcciones doctrinales: el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo⁶. Y como ha señalado Pérez Luño, ambas concepciones tienen en común el postular unas facultades jurídicas básicas comunes a todos los individuos⁷.

Igualmente es posible afirmar que se trata de una idea presente en los procesos de generalización y de especificación. No obstante, en éstos su proyección es más problemática.

⁵ Sobre los nuevos derechos vid. RODRÍGUEZ PALOP, M.E., *La nueva generación de derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2002.

⁶ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 104 y ss.

⁷ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., "La universalidad de los derechos humanos", en López García, J. A. y Del Real, J. A. (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 52 y ss.

En efecto, como se ha señalado, el proceso de generalización tiene como principal característica la de la extensión de la titularidad y el ejercicio de los derechos, lo que sin duda está en armonía con la universalidad. Sin embargo, las consecuencias de este proceso se traducen en el reconocimiento de unos derechos cuya satisfacción no es universal. Tal vez la relevancia de los bienes sí es universal, pero no el ejercicio de los derechos relacionados con ellos e incluso en ocasiones su titularidad. Y en relación con el proceso de especificación, algunos derechos fundamentales afectan exclusivamente a ciertos colectivos (niños, mujeres, mayores, personas con discapacidad, etc.), lo que sin duda condiciona la idea de universalidad. Sin embargo, ésta permanece en términos de generalización (pertenecen a todas las personas mayores, a todas las mujeres, etc.), y la especificación se relaciona con supuestas situaciones de desventaja respecto a la consecución de determinados bienes que otros colectivos tienen satisfechos o protegidos a través de ciertos instrumentos.

Por otro lado, desde un punto de vista conceptual se cuestiona la idea de universalidad⁸. Tal vez la crítica más relevante en este ámbito venga de la mano del relativismo, entendido en su versión normativa. Desde estas posiciones no sólo se afirma la existencia de diferentes criterios de moralidad, sino también la posible bondad de estos criterios. No me es posible aquí detenerme en la exposición de las diferentes teorías que se pueden desenvolver en este marco. Tan sólo señalaré que se trata de posiciones que, en lo básico, critican el sentido abstracto de la idea de universalidad y exigen la atención al contexto social e histórico⁹. Y, en este sentido, conviene apuntar una cierta conexión con la construcción de los derechos que se lleva a cabo en el proceso de generalización.

Por último, desde un punto de vista realista, la propia configuración de los derechos en los sistemas jurídicos se enfrenta, en ocasiones, a la idea de universalidad. Es posible citar algunos ejemplos en este sentido, tales como la negación de ciertos derechos a aquellos sujetos que desempeñan determinadas funciones. Pero, seguramente, el ejemplo más relevante, y que tiene que ver con las cuestiones

⁸ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., Op. cit, pp. 54 y ss.

⁹ Vid., en este sentido, YOUNG, I. M. *La justicia y la política de la diferencia*, traducción de S. Álvarez, Cátedra, Madrid, 2000, p. 178.

que antes señalé que iba a abordar, es el que afecta a la distinción entre nacional y extranjero.

En todo caso, como se habrá advertido, las reservas a la idea de universalidad de los derechos vienen de la mano de la defensa de una determinada idea de igualdad que, por otro lado, está también presente en la propia configuración de la universalidad.

3. SOBRE LA IGUALDAD

La idea de igualdad, como nos ocurría con la de universalidad, está unida a los derechos. Y esta unión se manifiesta tanto desde el punto de vista del concepto y la fundamentación de los derechos cuanto desde el punto de vista de su manifestación jurídica.

La idea de igualdad es una característica propia de todos los derechos y no sólo, como algunos afirman, de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁰. Los derechos aparecen en la historia como instrumentos a través de los cuales se protegen bienes considerados como fundamentales en el camino social de los individuos hacia el logro de su libertad moral. Los derechos van a suponer el reconocimiento y la protección de una serie de bienes que, partiendo de esa idea igual de sujeto moral, favorecen en un determinado momento espacial y temporal el logro de la libertad moral (dándose el caso de que, obviamente, también restringen y delimitan planes posibles de vida, esto es, tipos de libertad moral). Los bienes se consideran importantes y fundamentales para todo sujeto moral, pero el Derecho sólo va a ser necesario para intervenir en aquellos casos en los que los bienes no son satisfechos, bien por la actuación de terceros bien por cualquier otro motivo. Esta idea de igualdad y este papel del Derecho son comunes a los tres tipos tradicionales de derechos susceptibles de ser definidos mediante tres proyecciones de la idea de libertad".

La idea de igualdad está presente en el presupuesto del discurso sobre la justificación de los derechos y también en el sentido y el

¹⁰ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Prieto Sanchís, L., *Ley, Principios, Derechos*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 7, Dykinson, Madrid, 1998, p. 77.

¹¹ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 221 y ss.

carácter de los bienes que éstos protegen. Sólo es posible abandonarla defendiendo, por ejemplo, una visión parcial de la idea de individuo como sujeto moral, es decir, atribuyendo esta idea y sus notas solamente a algunos. O dando prioridad a un tipo de derechos sobre otros (lo que normalmente va asociado a lo anterior); o también defendiendo la no intervención del Derecho en la vida social. Y conviene hacer notar que la defensa de esas posiciones se enfrenta e incluso puede llegar a situarse fuera de un discurso de los derechos que pretenda dar cuenta de éstos tal y como aparecen hoy reflejados en los textos normativos¹².

Esta presencia de la idea de igualdad es también notoria si nos centramos en la manera en la que los derechos se manifiestan jurídicamente. La cuestión nos conecta con el papel de la igualdad como principio jurídico. Referirse a la igualdad como principio jurídico supone, en el ámbito de los derechos, considerarla como criterio de distribución de los contenidos de libertad. La igualdad como criterio de distribución de derechos presenta dos proyecciones: la igualdad como diferenciación negativa y la igualdad como diferenciación positiva.

La igualdad como diferenciación negativa supone un trato igual de circunstancias o situaciones diferentes que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de las normas. Es lo que podríamos denominar como el trato igual de situaciones no idénticas o también la igualdad como no discriminación. En relación con los derechos implica la no diferenciación en lo referido a su titularidad, ejercicio y garantías. En todo caso, esta proyección no se entiende sin la siguiente. La igualdad como diferenciación positiva supone un trato diferente de circunstancias y situaciones que se consideran relevantes. Se trata de medidas que de alguna manera se relacionan con un determinado tipo de organización jurídico-política como es el Estado Social de Derecho, y se presentan al hilo de dos de las principales funciones que en ese ámbito corresponden al Derecho, esto es, la función promocional y la distributiva.

¹² Por eso tiene razón NIÑO cuando en *Ética y derechos humanos* (Ariel, Barcelona, 1989, pp. 348 y ss.) señala que los derechos clásicos y los nuevos (haciendo alusión a los económicos, sociales y culturales) se basan en los mismos principios.

Aunque normalmente se tiende a justificar sólo la diferencia y no el trato uniforme¹³, seguramente por la presencia de la idea de igualdad formal en el propio concepto de Derecho, tanto la diferenciación negativa como la positiva presuponen un juicio de relevancia y de razonabilidad, y esto es precisamente lo esencial en su justificación¹⁴. En efecto, el juicio de relevancia y razonabilidad no es otra cosa que el intento de presentar razones que permitan apoyar una u otra medida.

Dentro del proceso de generalización, es posible encontrarnos con el manejo de estas dos proyecciones de la igualdad. En efecto, aunque es común afirmar, yo mismo lo he hecho al comienzo, que se trata de un proceso en el que la idea de igualdad formal es sustituida, o mejor compaginada, con la de igualdad material, no debe ser pasado por alto que una de las principales características de este proceso es la extensión de la satisfacción de los derechos a ciertos sujetos o colectivos, lo que en términos de igualdad se corresponde con la diferenciación negativa. Pero igualmente, este proceso plasmará también una idea de igualdad como diferenciación positiva a través de la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales.

A diferencia del resto de los derechos, que desde el principio se predicen de todos aquellos que son considerados como seres humanos, los derechos económicos, sociales y culturales, toman como referencia seres concretos y, por lo tanto, originariamente tratan de solucionar la situación de éstos. Es decir, si observamos la aparición histórica de estos derechos, veremos como su principal misión es la de satisfacer ciertos bienes a sujetos que no los tienen satisfechos. No es que esos bienes no sean considerados igualmente valiosos para todos, sino más bien, y una vez constatado lo anterior, que el Derecho a través de esos derechos pretende satisfacer dichos bienes a aquéllos que no pueden o no han podido satisfacerlos. Sin embar-

¹³Vid. PRIETO SANCHÍS, L., "Los derechos sociales y el principio de igualdad", cit., p. 85.

¹⁴La justificación de la diferencia, como ha apuntado E. Alonso García, exige superar tres tests. Por un lado, el de la diferencia de la consecuencia jurídica (su existencia o no); por otro, el de la relevancia o irrelevancia de la desigualdad; y, por último, el de la razonabilidad. Vid. ALONSO GARCÍA, E., "El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución española", en *Revista de Administración Pública*, núm. I, 1983.

go, la evolución jurídica y doctrinal de estos derechos ha olvidado este dato y ha intentado extenderlos a todos los ciudadanos¹⁵.

Por su parte, en el proceso de especificación, la idea de igualdad que se maneja es la de la diferenciación positiva. Se trata de proteger a ciertos individuos y colectivos que se encuentran en una situación especial, a través del reconocimiento de derechos específicos.

4. SOBRE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS

Como he venido subrayando, en la historia de los derechos han estado presentes las ideas de universalidad y de igualdad, y, en este sentido, la teoría de los derechos las ha asumido como rasgos propios de estas figuras.

Se trata de dos ideas estrechamente relacionadas y que se proyectan tanto en la dimensión ética de los derechos como en la jurídica. Dentro de la dimensión ética, la universalidad expresa la existencia de una serie de rasgos que se predicán de todo ser humano y que implica la exigencia de una consideración igualitaria de éstos. En la dimensión jurídica, la consecución de esta idea exige un trato igual no incompatible con la atención a la diferencia y, por tanto, con el trato diferente. En este sentido, la teoría de los derechos, en su proyección jurídica, condicionada siempre por la dimensión moral, se abre a la posibilidad de la diferenciación positiva justificada. Y con ello, puede renunciar a la universalidad de los derechos siempre que esto no suponga renunciar a la universalidad ética. Dicho de otro modo, la teoría de los derechos, en su aspecto jurídico, no exige la universalidad de los derechos, siempre y cuando se siga manteniendo el valor universal de los bienes que éstos protegen. Aunque la diferenciación positiva implica dejar a un lado la universalidad, exige que las razones que la justifican sean coherentes con la universalidad ética.

Es importante, así, diferenciar, con Gregorio Peces-Barba, entre universalidad a priori y a posteriori¹⁶. Para el profesor Peces-Barba,

¹⁵ Vid., al respecto, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "Los derechos económicos sociales y culturales: apuntes para su génesis histórica y su concepto", en *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 11, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 62 y ss.

¹⁶ Vid. su interesante trabajo PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "La moralidad de los derechos humanos", en *Tiempo de Paz*, núms. 29-30, 1993, pp. 10 y ss.

la universalidad de los derechos afecta a su dimensión moral, es decir, a una característica de las pretensiones morales justificadas, que puede faltar cuando nos encontremos en la dimensión jurídica. La universalidad sería, pues, una característica de la moralidad de los derechos, pero no necesariamente de su juridicidad.

Tanto el proceso de generalización como el de especificación participan de estas ideas y de ese sentido. La teoría de los derechos está abierta a la diferenciación siempre y cuando puedan aportarse razones morales no incompatibles con el propio discurso y, por tanto, no contradictorias con la universalidad ética.

Ahora bien, a pesar del manejo en estos procesos del principio de igualdad y universalidad como referentes, todos se desarrollan desde lo que podríamos denominar como el paradigma de la nacionalidad, en el sentido de que la construcción de la idea de los derechos aparece siempre condicionada a la nacionalidad¹⁷.

Y eso que he llamado como el paradigma de la nacionalidad, presente en la construcción de los derechos, puede llegar a hacer incoherente la teoría de los derechos.

Cuando se abordan las cuestiones que se refieren a los derechos de los no nacionales, resulta obligado detenerse en el análisis de la legislación sobre esta materia. No obstante, me interesa aludir a otro análisis que normalmente no se problematiza y que no es otro que el de la teoría de los derechos.

Pues bien, en este punto, las teorías de los derechos al uso se muestran como teorías incoherentes cuando se proyectan en cuestiones como la de los derechos de los inmigrantes o la de los derechos de los extranjeros en general.

La teoría de los derechos, cuando se proyecta en la temática propia de los derechos de los no nacionales, pone al descubierto cómo está cimentada por dos polos referenciales que están en la base de la construcción del Derecho moderno pero que pueden chocar con la finalidad de los derechos: el Poder y la nacionalidad.

La presencia de la idea de la nacionalidad y su proyección en los derechos, incide directamente y desmiente uno de los rasgos que

¹⁷ Vid. DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, pp. 52 y ss.

tradicionalmente se utilizan para describir a éstos: la consideración de los derechos como límites al Poder. La idea de nacionalidad, salvo que se le quiera dar una dimensión cultural (aspecto éste que considero problemático y que, en resumidas cuentas, otorga a la idea de cultura el mismo papel que a la de Poder), sólo tiene sentido y justificación desde la propia idea de Poder e implica, en definitiva, situar a éste por encima de los derechos.

Igualmente desmiente la exigencia de una justificación ética para todos aquellos casos que supongan una limitación a la universalidad en el ámbito jurídico. La nacionalidad no es una razón moral que justifique la diferenciación, ni negativa ni positiva.

La relevancia de la nacionalidad puede venir a través de dos tipos de discursos que aquí sólo puedo apuntar. El primero de ellos es el que relaciona nacionalidad con identidad cultural. Me detendré brevemente en su examen.

Vaya por delante que la conexión entre nacionalidad e identidad cultural me parece desatinada. Pero además, y de establecerse esa conexión, creo que la cuestión cultural ocupa un lugar secundario, no por ello irrelevante, en el discurso de los derechos. Lamo de Espinosa se ha referido a la identidad cultural como "la ubicación propia y del otro en referencia a una cultura, la clasificación de un sujeto como perteneciente a un grupo que se supone tiene una específica cultura"¹⁸. Por su parte, la idea de cultura ha sido definida por este autor como "el conjunto de maneras de obrar, pensar o sentir específicas a un grupo humano. Se trata, pues, de repertorios de conducta, aparentemente reguladas por repertorios de normas relativamente unificadas e integradas, y sustentadas por un conjunto jerárquico de valores que supuestamente legitiman y hacen comprensibles y razonables esas normas de conducta y las prácticas que a ellas responden (...) en última instancia, una cultura no es sino un conjunto de prácticas legitimadas y, por supuesto, institucionalizadas"¹⁹. Desde esta forma de entender la idea de cultura, ésta posee una dimensión individual, de aceptación de su existencia y de su valor y, por tanto, de subjetividad, que necesariamente se proyecta sobre la noción de identidad cultural. La existencia y

¹⁸ LAMO DE ESPINOSA, E., "Fronteras culturales", en Lamo de Espinosa, E. (ed.), *Culturas, Estados, Ciudadanos*, Alianza, Madrid, 1995, p. 65.

¹⁹ LAMO DE ESPINOSA, E., Op. cit., p. 15.

el valor de una cultura, como expresión de un conjunto de prácticas; cas, se produce siempre y cuando encontremos individuos que la] asuman.

■

Por otro lado, si pretendemos objetivar la idea de cultura, finalmente llegaremos a una conclusión similar. Así, por ejemplo, Tylor entiende por cultura un "todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, las leyes, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de una sociedad"²⁰. Por su parte, W. Kymlicka se refiere a la cultura societal afirmando que se trata de la "cultura que proporciona a sus miembros unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada"²¹.

Pues bien, estas formas de entender la cultura implican que, o bien es prácticamente imposible identificar una cultura independiente a una teoría política o moral, o bien que existen numerosas culturas diferentes (incluso, en un sentido extremo, tantas como decidan los individuos)²².

En todo caso, la objetivación de la cultura en el ámbito social, presente siempre que se habla de pluralismo o multiculturalismo, hace que las distintas posiciones culturales desempeñen un papel similar al de una teoría de la justicia, al de una teoría ética o al de una teoría política, al igual que lo hacen las teorías de los derechos, e incluso posibilita hablar de una cultura de los derechos y situar un modelo de identidad cultural en ese ámbito (representada por la dignidad humana entendida en clave de derechos).

Y en este sentido, la valoración de toda cultura o de toda teoría será consecuencia del juicio que nos merezcan sus prácticas respecto a los seres humanos, juicio que será tomado desde una serie de referentes y que deberá tener en cuenta que la existencia de esa cultura es consecuencia de la aceptación, por un conjunto de seres

²⁰ TYLOR, E. B., *Cultura primitiva. Los orígenes de la cultura*, Ayuso, Madrid, 1977, p. 19.

²¹ KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, traducción de C. Castells, Paidós, Barcelona, 1996, p. 112.

²² Vid. WALDRON, J., "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternad ve", en *University of Michigan Journal ofLaw*, vol. 25, núm. 3, 1992, p. 762.

humanos, de las prácticas que la definen. Una teoría de los derechos puede ser utilizada como referente de esa valoración y, consciente de la importancia del valor autonomía, debe abrirse a otros modelos e integrar dimensiones de otras teorías y culturas. En este sentido, la atención a la cuestión cultural es una exigencia de toda teoría de los derechos que parta de la defensa de la idea de sujeto moral y quiera ser coherente con ella.

Así, la teoría de los derechos debe optar frente a la cuestión cultural por mantener una posición normativa, esto es, una postura que implique el respeto a las diferentes culturas, a las diferentes teorías de la justicia y, en definitiva, a la igual autonomía de todo ser humano (el respeto al "otro"). Y en este sentido, no tiene por qué descartar desde el principio la posibilidad de rechazar prácticas, teorías o culturas enfrentadas a los rasgos básicos de la teoría de los derechos, ni la posibilidad de justificar medidas de diferenciación positiva hacia sujetos y colectivos, derivadas de su consideración como sujetos morales (y no tanto de su pertenencia a una nación o a una cultura)²³.

La argumentación culturalista es relevante para la teoría de los derechos, si bien en un segundo plano. La teoría de los derechos debe discutir sobre razones y argumentos y, más allá de éstos (donde la dimensión cultural tiene cabida, pero en esa forma), la cuestión cultural será sólo un añadido cuantitativo relevante pero, como ya he señalado, en un segundo plano.

La posible crítica a la teoría de los derechos como modelo que aborda la pluralidad cultural en términos asimilacionistas, depende de los rasgos y la proyección que se le quieran dar a la propia teoría de los derechos.

La adopción de una teoría de los derechos no implica un modelo de solución precisa ante cualquier conflicto en los que éstos están implicados o sobre los que se proyectan. Una teoría de los derechos no sirve para encontrar las reglas concretas desde las que solucionar casos problemáticos. Las teorías de los derechos suministran una información más modesta pero de igual importancia. En

²³ Como ha señalado F. COLOM, el derecho de cada individuo al reconocimiento de su identidad cultural no tiene tanto que ver con el valor de la cultura a la que pertenece como con el respeto que "él nos merece en cuanto sujeto moral". En *Razones de identidad. Pluralismo cultural e integración política*, Anthropos, Barcelona, 1998, p. 155.

efecto, una teoría de los derechos proporciona parámetros genéricos, marcos y puntos de vista generales, opciones sobre valores e incluso jerarquías entre éstos.

Los derechos deben ser considerados como un proyecto moral (además de jurídico) que constituye un marco básicamente formal a través del cual los seres humanos pueden desenvolver diferentes planes de vida en el ejercicio de su autonomía moral. Evidentemente los derechos limitan planes de vida posibles, pero ello desde el respeto máximo a la autonomía individual. Desde esta idea preliminar, el marco normativo que configuran los derechos debe ser visto como un marco abierto y plural. Abierto en el sentido de presentarse como un producto histórico que puede variar, y plural en el sentido de configurar sólo los mecanismos que posibilitan diferentes elecciones²⁴.

Se trata, por tanto, de una teoría dinámica, abierta y, en cierta manera, contextualizada²⁵. Una teoría de los derechos abierta a dimensiones culturales, o si se quiere, una cultura de los derechos abierta a otras culturas. Y esto implica integrar la idea de disenso en el discurso de los derechos, con lo que en términos genéricos el respeto a la diferencia cultural no es sino la conclusión lógica del respeto a la diferencia como parte integrante de la manera correcta de entender los derechos.

Así, aunque el punto de partida de lo que considero una teoría correcta de los derechos viene constituido por la atención al individuo como sujeto moral, y por tanto posee una dimensión claramente liberal, esto no conlleva necesariamente el rechazo de la diferencia y la falta de atención al contexto social en el que el individuo se inserta y asume. Como ha señalado J. Gray, existe un planteamiento liberal, que considero el apropiado para una teoría correcta de los derechos, que atribuye importancia a la paz y entiende la divergencia en los modos de vida como marcas de la diversidad de la buena vida. Desde este planteamiento, los derechos deben ser concebidos "como unos artículos convenientes de paz que permiten que los in-

²⁴ Vid. la idea de ética pública defendida por el profesor Peces-Barba en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

²⁵ Vid. GRAY, J., *Las dos caras del liberalismo. Una interpretación de la tolerancia liberal*, traducción de M. Salomón, Piados, Barcelona, 2001, p. 132.

dividuos y comunidades con valores e intereses en conflicto acepten convivir". Mientras que la Democracia, indisolublemente unida a los derechos, debe ser concebida "como un mecanismo conveniente que permite que las diversas comunidades lleguen a decisiones comunes y cambien de gobierno sin recurrir a la violencia"²⁶.

El otro discurso que otorga relevancia a la nacionalidad, sería aquél que considera que se trata de un argumento que poseería un peso ético indirecto, a través de su relación con la idea del compromiso en la organización o también a través del rechazo al "hombre aprovechado". Sin embargo, no se trata de ideas fuertes. En primer lugar, porque el compromiso en la organización como condición del disfrute de los derechos parece situar al Estado por encima de éstos, lo que desvirtúa su sentido (al menos parte del sentido teórico). En segundo lugar, porque no hay una conexión lógica entre "nacional" y "comprometido con la organización" ni entre "nacional" y "hombre no aprovechado". No es posible, con carácter general, pensar en la nacionalidad como una característica que justifique la renuncia a la universalidad jurídica. No es una razón y éste es un discurso de razones. La distinción entre nacional y extranjero no encuentra justificación alguna desde una teoría ética que se mueva en la idea de la generalización.

Por otro lado, esa distinción también matiza la idea de la indivisibilidad de los derechos y la importancia que, al menos en la teoría, posee la autonomía pública de los individuos. En efecto, la diferenciación nacional-extranjero justifica el no reconocimiento para estos últimos de los derechos de participación política. Y ello se hace de nuevo desde la nacionalidad, con los problemas que ésta tiene y que acaban de ser apuntados en lo referente a su justificación.

Todo ello implica no tomarse en serio la idea de dignidad humana y la universalidad, originándose un círculo teórico del que es

²⁶ GRAY, J., Op. cit., p. 123. Ahora bien, a diferencia de lo que considera J. Gray (vid. GRAY, J., Op. cit., pp. 140 y ss.), no creo que este planteamiento sea contradictorio con el pensamiento ilustrado, sino más bien me parece posible entenderlo como una de sus proyecciones. Esta teoría de los derechos de carácter mínimo y abierta a la diferencia me parece que forma parte del proyecto de la modernidad. Vid., en general, HABERMAS, J., 'La modernidad: un proyecto inacabado', en Habermas, J., *Ensayos políticos*, traducción de R. García Cotarelo, Península, Barcelona, 1988, pp. 279 y ss. Vid. en contra BELVISI, F., *Società multiculturale, diritti, costituzione*, CLUEB, Bologna, 2000, p. 7.

difícil salir. Este círculo teórico puede ser expuesto, de manera simple, como sigue: (a) el no reconocimiento de los derechos a unos sujetos que viven en el territorio del Estado se apoya en el carácter diferente de éstos; (b) este no reconocimiento implica que para estos sujetos el sistema jurídico político no es legítimo; (c) la ausencia de legitimidad trae consigo que no puedan aducirse razones generales para obedecer el sistema jurídico político; (d) esa inexistencia de razones complica enormemente la integración de estos sujetos y perpetúa la argumentación sobre su carácter diferente.

Las teorías generales de los derechos pasan por alto, en muchas ocasiones, estos problemas o los solucionan desde parámetros incoherentes con las premisas de las que parten. Y este problema se acrecienta si se constata, como creo que de hecho ocurre, cómo los investigadores que analizan los derechos de los extranjeros o la inmigración en clave de derechos se despreocupan también de incorporar esas reflexiones en una teoría de los derechos de carácter general.

En efecto, al igual que a las construcciones genéricas de los derechos, esto es, a las teorías de los derechos, se las puede acusar de falta de coherencia cuando abordan cuestiones como las que aquí estamos analizando, los trabajos específicos sobre estas materias, cuando adoptan el punto de vista de los derechos, lo hacen sin la pretensión de construir una teoría general en la que situar las conclusiones alcanzadas, lo que limita su posible justificación.

Me parece importante conectar ambos tipos de enfoques. Este tipo de cuestiones requiere de teorías coherentes y no sólo de datos fragmentarios, siendo conscientes también de que el alcance de estas teorías es limitado desde un punto de vista general. Un esfuerzo por ambos lados se hace necesario.

5. HACIA UNA NUEVA GENERALIZACIÓN. UN INTENTO DE DAR COHERENCIA A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS

En este sentido, considero necesario plantear un nuevo proceso desde un paradigma que matice el de la nacionalidad. El discurso de los derechos es un discurso sobre seres humanos y razones. Obvia-

mente este discurso no excluye la posibilidad de establecer límites en la titularidad de los derechos, siempre que estén apoyados en razones y teniendo presente el igual valor moral de todos. En este sentido, los únicos límites razonables en línea de principio serán aquellos que tengan que ver con la satisfacción de necesidades o con la equiparación de poder. No obstante, cuando se abordan cuestiones de nacionalidad en relación con los derechos de los no nacionales, existe un cierto consenso en establecer y justificar la limitación de los derechos de participación política.

Señalé al comienzo como en la génesis histórica de los derechos, el contractualismo desempeñó un papel esencial. Javier de Lucas se ha referido a la necesidad de plantear un nuevo contrato social en relación con estas cuestiones. Tomaré, así, la idea de contrato social para exponer el significado de la nueva generalización.

Es sabido que las teorías del contrato social expresan, básicamente, una ficción que sirve para legitimar al Estado y al Derecho, y por tanto, para justificar la obediencia al sistema jurídico político. Tradicionalmente, en el mundo moderno, estas teorías se describen haciendo alusión a dos grandes pactos que sirven para expresar el sentido y significado del contrato social: el *Pactum Unionis* y el *Pactum Subjectionis*²⁷.

El *Pactum Unionis*, es el pacto por el que se configura el Poder y se determina su composición. En términos de legitimidad, básicamente el *Pactum Unionis* se proyecta en la cuestión de la legitimidad de origen. Por su parte, el *Pactum subjectionis*, es el pacto por el que se fijan las condiciones del ejercicio del Poder. Así, en términos de legitimidad, se proyecta en la cuestión de la legitimidad de ejercicio.

En todo caso, en la modernidad, la idea del contrato social está unida a la de los derechos humanos. La presencia de los derechos humanos en las teorías del contrato social posee una serie de implicaciones en los dos grandes pactos antes aludidos.

Así, y en lo referente al *Pactum Unionis*, implicará la exigencia de una igual participación de todos en la determinación del Poder; en lo referente al *Pactum Subjectionis*, implicará la configuración de los derechos como límites al ejercicio del Poder.

²⁷ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, cit., pp. 127 y ss.

Conviene subrayar que esas implicaciones de los derechos en las teorías del contrato social se hace desde la importancia de la nacionalidad y, consecuentemente, relativizadas por ella. Por otro lado no debe ser pasado por alto como las teorías del contrato social, al menos las que más interés tienen, poseen un sentido dinámico. El contrato es una idea que se desenvuelve con la sociedad y, por tanto, se renueva. Y, en este sentido, la renovación implica importancia de la participación y de la política en relación con los derechos y también importancia de las circunstancias reales de cada momento (lo que se ve facilitado por el carácter histórico de los derechos).

Así, lo que he llamado como la exigencia de una nueva generalización de los derechos, desde estos referentes implica:

- i) Partir de la importancia de la dignidad humana como rasgo que se atribuye a todo ser humano y que destaca el valor igual de la autonomía privada y pública de todos.
- ii) Manejar una construcción de los derechos que atienda a la dimensión histórica y contextual, y que, por tanto, tenga en cuenta la realidad social.
- iii) Tomarse en serio la universalidad, en la vertiente moral de los derechos y la igualdad, y, así, manejar una construcción de los derechos presidida por la igualdad como diferenciación negativa pero abierta a la diferenciación positiva siempre y cuando puedan proponerse para ello razones no incompatibles con la universalidad.

Se trata así de dar coherencia a la teoría de los derechos, que exige, para la diferenciación en el disfrute de los mismos, la existencia de argumentos éticamente fundados. Y no una teoría que habla del sujeto moral universal, pero que a la vez legitima la distinción de derechos entre nacionales y extranjeros. Ni una teoría que dice estar presidida por la idea de igualdad, pero que es compatible con diferenciaciones no justificadas.

Tomando como referencia la idea del contrato social, esta nueva generalización exige un replanteamiento desde un punto de vista nacional (o estatal) e internacional (o supraestatal).

Desde el punto de vista internacional, exige: que el *Pactum Unionis* tome como objetivo la constitución de un verdadero Estado

Democrático de Derecho, y que el *Pactum Subjectionis* esté presidido por los derechos como verdaderos límites al Poder. Y esto exige tanto el establecimiento de Políticas internacionales de codesarrollo, cuanto la constitución de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como instrumento básico de la configuración del Orden Internacional. En este último punto, se trata tanto de dar un papel esencial a este instrumento desde un punto de vista jurídico, político y social, cuanto de reformular algunos de los derechos en ella contenidos, entre los que destacan, el derecho a la libre circulación (se trata de dar un nuevo enfoque al artículo 13 de la Declaración que permita hablar de un derecho a inmigrar, limitado, como el resto de derechos, por razones coherentes con el propio discurso de los derechos humanos), y el derecho de asilo (dando prioridad a la situación del sujeto que lo pretende y no al origen de la misma).

^ La cuestión principal radica en plantearse qué tipo de discriminación en la selección de los sujetos es admisible desde un punto de vista moral. Considero que existen claramente criterios que no pueden ser tenidos en cuenta, tales como la raza, la religión, la etnia, el sexo o la nacionalidad²⁸. Otros pueden plantear ciertas dudas, como los referidos al potencial económico, a los lazos históricos y a la condición de delincuente del sujeto. Pero igualmente considero que hay criterios que justifican una concepción amplia de la libre circulación, como los que tienen que ver con las relaciones familiares, con las persecuciones por motivos políticos o con situaciones en las que existe peligro para la vida o la integridad física de las personas (criterios que se relacionan, por tanto, con situaciones de insatisfacción de necesidades básicas). En esta línea, por ejemplo, debe ir el replanteamiento del asilo.

En todo caso, es importante advertir como el problema de la justificación o no de estos criterios está condicionado por la situación concreta del país receptor. Pero además, estos criterios deben ser enmarcados dentro de una reflexión centrada en los derechos con proyección internacional y en donde la solidaridad desempeñe un papel esencial. Lo que quiero decir con ello es que resulta sumamente difícil en este punto establecer reglas generales que valgan para todo país y que, además y como consecuencia de lo anterior,

²⁸ Vid. CARENS, J. H., "Inmigración y justicia: ¿A quién dejamos pasar?", traducción de A. Rivero, en *Isegoría*, núm. 9, 2002, p. 8.

dado que se trata de un asunto que compete también y en una medida importante a los habitantes del país²⁹, debe ser abordado desde los referentes de un discurso solidario o igualitario de índole nacional e internacional.

' Si no parece posible justificar que el Estado no pueda en ningún momento establecer límites a la entrada en su territorio, y que por lo tanto es posible hablar de límites a ese supuesto derecho a inmigrar, tampoco me parece, y en este caso porque me resulta contradictorio con una teoría correcta de los derechos, que puedan ser únicamente los propios Estados los que cuenten a la hora de adoptar esa decisión. No es posible utilizar determinados argumentos a la hora de establecer límites a la entrada. Un papel importante en esta cuestión debe ser desempeñado por el sistema jurídico internacional, eso sí, siempre y cuando éste se ajuste al modelo presidido por los derechos. Y en todo caso, y dado que la atención a la opinión de los habitantes del país es también en este punto esencial, es importante concienciar a éstos del significado de los derechos.

Desde el punto de vista nacional, o estatal, la nueva generalización exige que el *Pactum Unionis* se construya desde la importancia de la participación de todos, sin que en principio deban tenerse en cuenta distinciones enfrentadas de nuevo a la Teoría de los derechos. Se trata, de nuevo, de partir de un enfoque universal de la participación. A partir de éste, existen algunas limitaciones que surgen razonablemente y que se conectan con el propio sentido del derecho en cuestión. Podemos pensar así en la falta de justificación, en el plano estatal, de un reconocimiento universal de este derecho.

²⁹ M. Walzer relaciona la comunidad política con las vecindades, los clubes y las familias y se pregunta a quien de éstos se deben parecer los países. Opta por las familias, si bien lo hace en el sentido de asumir que en las familias se acoge a los que están mal pero sobre todo a los cercanos o parientes. Tal vez por eso sería mejor relacionar la comunidad con los clubes. Éstos tienen su comité de admisión y sus objetivos diseñados. Por otro lado, lo que no hace es relacionarlo con la vecindad, que según él no establece límites de recepción. Justifica así el poder de los Estados de controlar los flujos como quieran. Ahora bien, una vez admitido el extranjero debe ser equiparado (vid. WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, cit., pp. 44 y ss.). En sentido parecido se expresa A. Heller, quien para defender esta concepción utiliza el siguiente argumento: si alguien desea abandonar nuestra casa puede hacerlo; si alguien desea quedarse en nuestra casa, somos los habitantes de la casa los que tenemos que decidirlo (vid. HELLER, A., "Diez tesis sobre la inmigración", en *El País*, 30 de mayo de 1992, p. 14).

En ese plano, la participación puede estar condicionada o limitada por determinadas circunstancias. Y uno de los caminos posibles para el examen de esas circunstancias es el de lo que podríamos considerar como el interés.

El del interés es un criterio utilizado en la tradición jurídica para legitimar la atribución de competencias normativas a sujetos e instituciones, por lo que encuentra en esta temática una acogida natural. En efecto, cuando se plantea la cuestión de la legitimidad en el ámbito de la producción normativa, es habitual referirse a la idea del interés, en el sentido de afirmar la existencia de razones para atribuir competencia normativa a aquellos individuos o instituciones interesadas en la temática que se aborda. En razón de este criterio cobra sentido la competencia de organizaciones sindicales y empresariales e incluso, obviamente con otros argumentos añadidos, del Parlamento. E igualmente podría hablarse de los particulares en materia de contratos o en el ámbito de la iniciativa legislativa popular. También podríamos por esta vía justificar la atribución de derechos que de forma directa o indirecta tengan consecuencias en el ámbito de la producción normativa (sufragio). Y, por último, no debemos olvidar la importancia de la teoría del interés en lo que se refiere al concepto y significado de los derechos subjetivos, detrás de los cuales está también la propia de los derechos.

Esta atención al interés, en lo que se refiere al problema que estamos tratando, implica relacionarlo con la idea de participación. Y una de las consecuencias de esta relación es la de abrir esa participación a los residentes (esto es, la sustitución de la nacionalidad por la residencia)³⁰. En definitiva, se trata de abandonar el paradigma de la nacionalidad y sustituirlo por el de la residencia. La distinción entre residentes y no residentes sí que puede tener cabida en el ámbito de la razonabilidad.

Por su parte, y siguiendo en la perspectiva estatal, la nueva generalización exige que el *Pactum Subjectionis*, se desarrolle desde el igual reconocimiento de los derechos, lo que implica, entre otras cosas, la ausencia de justificación de la diferenciación negativa por razón de la nacionalidad (con la única limitación anterior, pero que toma en cuenta la residencia), y la atención a la diferenciación posi-

³⁰ Vid., en esta línea, LÓPEZ SALA, A. M., "Los restos políticos de la inmigración", en *Isegoría*, núm. 26, 2002, pp. 92 y ss.

tiva, bajo el filtro de la razonabilidad y desde el reconocimiento *de* la participación. En todo caso, y respecto a esto último, considero que se trata de un segundo tema que no debe ser enfocado en términos culturales; lo que cuentan son las razones.

Así, creo importante también matizar la vinculación a la que aludí al comienzo entre especificación y derechos de los inmigrantes. La distinción entre nacionales y extranjeros en materia de derechos fundamentales difícilmente puede apoyarse en este proceso. En primer lugar, porque no supone aplicación, sino limitación (salvo qué se de la vuelta al problema y se afirme que se especifica la titularidad respecto a los nacionales). Pero además, en segundo lugar, porque no creo que la nacionalidad (ni la cultura) sea un argumento a tener en cuenta para reconocer derechos específicos. En ese reconocimiento, lo que cuentan son las pretensiones de los individuos y de los grupos y su apoyo en razones. Lo relevante es, pues, discutir sobre razones y examinar su compatibilidad con el propio discurso de los derechos.

A pesar de que la diferenciación en la distribución de los derechos pueda ser presentada como contraria a la tesis de la universalidad o como contraria a la conexión derechos-sujeto moral, también es posible mantener esa conexión aludiendo a la satisfacción real de los bienes que están en juego. Ahora bien, y en lo que al tema de los derechos de los no nacionales se refiere, no cabe defender que la nacionalidad sea un argumento válido que justifique esa diferenciación, salvo que con ella se pretenda, precisamente, satisfacer derechos a determinados colectivos. La cuestión en este punto es si esa diferenciación se produce por el hecho de ser "nacional" de algún sitio o por el hecho de ser sujeto moral y encontrarse en una determinada situación. En este punto, creo que es esto segundo lo que debe prevalecer³¹.

Por otro lado, y desde una óptica realista, conviene no pasar por alto como la cuestión de la equiparación dista mucho de estar resuelta, y, en este sentido, creo que el reto prioritario en el ámbito de los derechos de los no nacionales sigue siendo el del reconocimiento generalizado de los derechos, y, así, no se trata tanto de discutir en

³¹ NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, traducción de C. Castells, Paidós, Barcelona, 1999, p. 161.

primer lugar sobre aquello que nos diferencia sino más bien sobre aquello que nos une: la dignidad humana. Siendo conscientes, además, de que el reconocimiento de la participación igual permitirá el diálogo y el cuestionamiento, en su caso, de los principios y las reglas que se deducen de la teoría de los derechos.